

ローマ法文読解 (Digestenexegese) の意義 (石川) 51

ローマ法文読解 (Digestenexegese) の意義

— 2007年10月31日の Bürge ゼミ —

石 川 真 人

1. はじめに

筆者はこれまで二度の留学を経験した。最初は交換留学生として1983年9月から1984年7月まで München 大学に留学した。このときは語学学校に通いながら Medicus や Canaris などの講義⁽¹⁾と法史学ゼミ (Rechts-historisches Seminar)⁽²⁾を聴講した。次に2007年9月から2008年3月まで München 大学で在外研究に従事した。このときは講義には出ず、法史学ゼミ⁽³⁾とローマ法文読解ゼミ (Digestenexegese)⁽⁴⁾に参加した。

本稿の目的は、二度目の留学時に出席したローマ法文読解ゼミの内容を紹介し、ローマ法文を読解することの意味を考えることにある。

2. 法文紹介

2007年冬学期のローマ法文読解ゼミは10月17日(水)に始まった。その日は、参考文献の紹介などのオリエンテーションが行なわれた後、翌週の課題(法文)が指示された。10月24日に二回目のゼミ⁽⁵⁾があり、10月31日の三回目のゼミでは次の法文が検討された。

D. 16, 3, 31, 1 (Tryphoninus libro nono disputationum)

Incurrit hic et alia inspectio. bonam fidem inter eos tantum, quos⁽⁶⁾ contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod

geritur pertinet? exempli loco latro spolia quae mihi abstulit posuit apud Seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere Seius debeat? si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is dedit: si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt, quo ⁽⁷⁾ facto scelestissimo adempta sunt. et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione. quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit. quod et Marcellus in praedone et fure scribit ⁽⁸⁾.

ゼミでは、まず参加者（20人前後）が本法文を音読し、次にドイツ語に翻訳する作業が行なわれたが、本稿では日本語に翻訳する。

『学説彙纂』第16巻第3章第31法文（トリフォニヌス『討論録』第9巻）

第1項

ここで別の視点も加わる。bona fides は、〔契約〕外の状況を加味せず契約当事者間でのみ評価すべきか。それとも、当該事案にかかわる第三者にも配慮して評価すべきか。たとえば、盗人が予から奪った金品をセイウスに寄託したが、セイウスは寄託者の悪行につき善意であった場合、セイウスが〔寄託物を〕返還すべき相手は盗人か、予か。寄託者と受寄者〔だけ〕を考慮すれば、寄託者が寄託物を受領するのが bona fides である。しかし、本事案にかかわる全員を覆う事柄全体の公平を考慮すれば、極悪な行為により〔予から〕奪われた物は予に戻還されるべきである。他の〔所有者でない〕者のより正当な返還請求によって妨害されないように、各人の物は各人に分配されたというのが正義であると予も思料する。しかし、予が寄託物の返還を〔セイウスに〕訴求しないときは、盗人はよからぬ手段で得た物を寄託したとはいえ、やはり寄

託者に返還されるべきである。このことをマルケルスも悪意の占有者と盗人について書いている。

3. 前後の脈絡

ゼミでは言及されなかったが、本法文の前後の脈絡を確認しておく。まず、本法文序項は以下のとおりである⁽⁹⁾。

D. 16, 3, 31, pr

Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritis publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet.

『学説彙纂』第16巻第3章第31法文序項

契約において考慮される bona fides には最高の公平が求められるが、吾人はこの公平を万民法だけに従って評価するのか、それとも、市民法と法務官の定めによって評価するのか。たとえば、重罪の裁判の被告が汝に百金を寄託したが、〔その後〕彼は追放刑に処され、その財産が没収された場合、百金は彼に返還されるべきか、それとも、国庫に支払われるべきか。自然法と万民法だけを考慮すれば、百金は寄託者に返還されるべきである。しかし、市民法と法の秩序を考慮すれば、国庫に支払われるべきである。なぜなら、刑事裁判で罪を犯したとされた者は、欠乏によっても苦しむのが当然であり、この先例により他の者の悪行が防がれるからである。

次に、本法文の続き（第1項の後半部分）は以下のとおりである。

D. 16, 3, 31, 1 (quod et Marcellus...scribit 以下)

si tamen ignorans latro cuius filio vel servo rem abstulisset apud patrem dominumve eius deposuit ignorantem, nec ex iure gentium consistet depositum, cuius haec est potestas, ut alii, non domino sua ipsius res quasi aliena, servanda detur. et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiamnunc delictum eius ignorantem deposuerit, recte dicetur non contrahi depositum, quia non est ex fide bona rem suam dominum praedoni restituere compelli. sed et si etiamnunc ab ignorante domino tradita sit quasi ex causa depositi, tamen indebiti dati condictio competit.

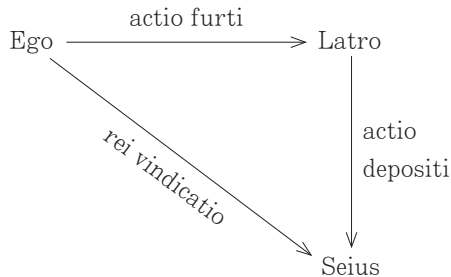
しかし、誰の息または奴隷かを知らずに盗人が物を奪い、これを〔盗人の行為につき〕善意の父または主人に寄託した場合、万民法によれば寄託は成立しない。なぜなら、寄託が成立するのは、保管されるべき物が所有者でない者に預けられたときであって、自らの所有物が他人の物として所有者に預けられたときではないからである。予の気づかぬうちに盗人が予の所有物を奪い、今なお彼の不法行為を知らない予にこれを寄託した場合も、寄託は結ばれていないというのが正しい。なぜなら、自らの所有物を悪意の占有者に返還することを所有者に強制することは、bona fides に適わないからである。さらに、寄託であるかのような原因に基づいて今なお〔盗人の不法行為を〕知らない所有者から〔盗品が盗人に〕引渡された場合は、所有者には非債弁済の不当利得返還請求権が認められる。

4. ゼミの内容

ゼミでは、音読と翻訳の後、本法文が収録されている『学説彙纂』の表題「寄託訴権と寄託反対訴権について」(depositi vel contra)、本法文

の著者トリフォニヌスとその著書『討論録』(disputatio)、古代ローマの諸法源 (ius gentium, ius naturale, ius civile, ius praetorium)、寄託 (Verwahrung) と信義則 (Treu und Glauben)⁽¹⁰⁾、配分的正義 (iustitia distributiva) と矯正的正義 (iustitia commutativa)、古代ローマには検察官が存在しなかったこと (民事法と刑事法が未分離であったこと) などが説明され、さらに参考文献が紹介された。

続いて、次の図が板書され、これに即して当事者および訴権についての説明があった。



すなわち、本法文の当事者は、所有者たる「予」(以下では「E」と表記する)、寄託者たる「盗人」(「L」と表記する) および受寄者たる「セイウス」(「S」と表記する) であり、訴権については、EはLに対して窃盗訴権 (actio furti) を、LはSに対して寄託訴権 (actio depositi) を、EはSに対して所有物取戻訴権 (rei vindicatio) をもつという関係にあると説明された⁽¹¹⁾。

5. 補足説明

以下では、ゼミで指摘されたこと、指摘されなかったこと、指摘されたかもしれないが筆者が聞き取れなかったこと、あるいは当時は十分に理解できなかったことを補足的に説明する。

(1) EとLの関係

仮に、LがSに盗品を寄託せず、まだ占有を継続しているとすれば、EはLに対して窃盗訴権と所有物取戻訴権または盗の不当利得返還請求権 (condictio furtiva) をもつ。窃盗訴権は後二者と重疊的に競合し⁽¹²⁾、一方の行使により他方は消耗しない⁽¹³⁾。

(2) LとSの関係

ゼミで説明されたとおり、LはSに対して寄託訴権をもつ。

(3) EとSの関係

寄託物は、所有物取戻訴権をもつEと寄託訴権をもつLのいずれに返還されるべきか、換言すると、EはLがSに寄託した物の返還⁽¹⁴⁾をSに請求できるか否かが本法文の中心問題である。

この問題について、寄託物はLに返還されるべきであるとする見解 (Sに対するEの所有物取戻請求を否定する説) と、Eに返還されるべきであるとする見解 (所有物取戻請求を肯定する説) が対立していた。前者によれば、Lは寄託訴権により寄託物をSから取り戻し、Eは窃盗訴権により二倍額の罰金 (poena) をLから得て、さらに所有物取戻訴権または盗の不当利得返還請求権により盗品をLから取り戻すことになる。後者によれば、Eは、一方で所有物取戻訴権により盗品をSから取り戻し、他方で窃盗訴権により二倍額の罰金をLから得ることになる。

トリフォニヌスは肯定説を採る。ただし、EがSに寄託物の返還を請求しないとき⁽¹⁵⁾は、Sは寄託物をLに返還すべきであるとする。

なお、本法文では言及されていないが、EがSに寄託物の返還を請求する場合、Lの寄託物返還請求に対して、おそらく抗弁 (exceptio) がSに与えられることになると思われるが、その時期も問題となろう⁽¹⁶⁾。

6. 現行法では？

次に、ゼミの内容から離れて、トリフォニヌス法文の問題が現行法⁽¹⁷⁾

ではどのように解決されるのかを見ていく。

(1) 現行民法

民法660条は「寄託物について権利を主張する第三者が受寄者に対して訴えを提起し、又は差押え、仮差押え若しくは仮処分をしたときは、受寄者は、遅滞なくその事実を寄託者に通知しなければならない」と規定する。

本条文では、受寄者が寄託物を返還すべき相手は寄託者か、真の所有者かについては規定されていないが、我妻説によれば「寄託物について第三者が所有権を主張して返還を求めても、受寄者は、寄託者に返還すべきであつて、第三者に返還すべきではない」⁽¹⁸⁾。

ところで、ここには「ス債四七九條一項はこれを明定する。フ民一九三七條も同旨を定めるが、寄託物が盗品である場合につき例外を認める(一九三八條)」という割注が付されている。そこで、次にフランス民法1938条を見てみよう。

(2) フランス民法

フランス民法1938条1項は「受寄者ハ寄託ヲ爲シタル者ニ付、寄託物ノ所有者ナルコトノ證明ヲ請求スルコトヲ得ズ」と、2項は「然レドモ、受寄者ガ物ノ盗品ナルコト、竝ニ其ノ物ノ眞ノ所有者ノ何人ナルカヲ發見シタルトキハ、受寄者ハ眞ノ所有者ニ對シテ自己ニ爲サレタル寄託ヲ通知シ、且相當ノ期間ヲ定メテ其ノ期間内ニ其ノ物ノ請求ヲ爲スベキコトヲ催告スルヲ要ス。通知ヲ受ケタル者ガ、寄託物ノ請求ヲ爲サザルトキハ、受寄者ハ其ノ物ヲ受取リタル相手方ニ對シテ引渡ヲ爲スニ因リテ有効ニ義務ヲ免除セラルルモノトス」と定める⁽¹⁹⁾。

フランス民法はトリフォヌス法文の存在を知っていた⁽²⁰⁾。もっとも、後者では寄託者の悪行について受寄者が善意であることが前提になっているのに対して、前者は「受寄者ガ物ノ盗品ナルコト、竝ニ其ノ物ノ眞ノ所有者ノ何人ナルカヲ發見シタルトキ」についての規定であり、さらに通知、催告、受寄者の免責事由についても後者には出てこないなど、両者

の解決は異なる。フランス民法は、トリフォニヌス法文を知りつつ、これとは別の解決を採用したのである⁽²¹⁾。

(3) 旧民法

旧民法は、まず財産取得編216条で「寄託物ノ返還ハ寄託者又ハ其法律上若クハ合意上ノ代人ニ之ヲ為スコトヲ要ス」とした上で、218条で「寄託者ノ要求次第物ヲ返還ス可キ受寄者ノ義務ハ左ノ場合ニ於テ消滅ス」と規定し、その4号で「受寄者カ受寄物ノ盗品ナルコトヲ覚知シ且其所有者ヲ知リタルトキ但此場合ニ於テ受寄者ハ所有者ニ其寄託ヲ受ケタルコトヲ通知シ且指定セル相応ノ期間ニ寄託者ト立会ノ上ニテ其物ヲ要求ス可ク若シ此期間ヲ過クルモ立会ハサルトキハ寄託者ニ返還ヲ為スコキ旨ヲ催告スルコトヲ要ス」とする⁽²²⁾。

寄託者の立会など若干の違いはあるが、ほぼフランス民法を受容したものであるといえよう⁽²³⁾。

(4) 明治民法

これに対して明治民法の起草者は旧民法（ないしフランス民法）の受容を明確に否定した。すなわち、まず216条を「言フヲ俟タナイコトデアルト思ヒマスカラ」⁽²⁴⁾ 削除し、さらに218条を「此規定ハ是ト類似ノモノガ佛蘭西其他ノ民法ニモアリマスケレドモドウモ感服致シマセヌノデ」⁽²⁵⁾ 削除し、これに代えて次のような提案を行なった⁽²⁶⁾。

1 項：寄託物ニ付キ権利ヲ主張スル第三者カ受寄者ニ對シテ訴ヲ提起シ又ハ差押ヲ爲シタルトキハ受寄者ハ直チニ其事實ヲ寄託者ニ通知スルコトヲ要ス

2 項：前項ノ場合ニ於テ受寄者カ確定判決ニ依リ受寄物ヲ第三者ニ引渡スベキトキ又ハ差押手續カ完結シタルトキハ受寄者ハ寄託者ニ對シテ返還ノ義務ヲ免ル

本提案については、提案者の予想（「此條ハ何シテカ攻撃ヲ受ケサウナ條デアリマス」⁽²⁷⁾）どおり大議論となったが、投票の結果、1 項は修正案が承認、2 項は不承認（削除）となった⁽²⁸⁾。

ここで注目されるのは、2項の内容がトリフォニヌス説と同趣旨であること、そして、提案者が「是ト全ク同ジ規定ハ餘所ノ國ノ法典ニハアリマセヌ」⁽²⁹⁾と発言していることである⁽³⁰⁾。

(5) 改正民法

2017年（施行は2020年の予定）、660条は次のように改正された。

1項：寄託物について権利を主張する第三者が受寄者に対して訴えを提起し、又は差押え、仮差押え若しくは仮処分をしたときは、受寄者は、遅滞なくその事実を寄託者に通知しなければならない。ただし、寄託者が既にこれを知っているときは、この限りでない。

2項：第三者が寄託物について権利を主張する場合であっても、受寄者は、寄託者の指図がない限り、寄託者に対しその寄託物を返還しなければならない。ただし、受寄者が前項の通知をした場合又は同項ただし書の規定によりその通知を要しない場合において、その寄託物をその第三者に引き渡すべき旨を命ずる確定判決（確定判決と同一の効力を有するものを含む。）があったときであつて、その第三者にその寄託物を引き渡したときは、この限りでない。

3項：受寄者は、前項の規定により寄託者に対して寄託物を返還しなければならない場合には、寄託者にその寄託物を引き渡したことによって第三者に損害が生じたときであっても、その賠償の責任を負わない。

本稿は2項に注目する。本項の改正理由として以下のことが指摘されている。少し長くなるが、原文をそのまま引用する⁽³¹⁾。

「受寄者は、寄託契約に基づき、寄託者に対して寄託物を返還すべき義務を負っている。このため、寄託物について所有権を主張する寄託者以外の第三者から当該寄託物の返還請求を受けた場合であっても、当該第三者が寄託物の真の所有者であるか否かを問わず、強制執行等により強制的に占有を奪われるのでない限り、当該第三者に任意に寄託物を引き渡してはならないと考えられている。ところで、民法の起草時には、民法第660条の規定と併せて、寄託物の返還の相手方に関する規律として、受寄者の寄託

者に対する返還義務が免除される場合についての規定を置くことが提案されていたが、この規律は解釈から導くことが可能であるとして、最終的に削除され、同条の通知義務だけが規定されることとなった。しかし、例えば、動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律の立法（平成16年改正）に至る審議過程では、真の所有者から受寄者に対して寄託物の返還請求があった場合に、受寄者はその返還請求に応ずるべきかという点について、見解が分かれたという経緯があり、そのことも踏まえ、占有代理人を保護する観点から同法第3条第2項が設けられたと説明されている。このことに照らしても、寄託物の返還の相手方に関する規律については、これを解釈によって安定的に導くことができているとは言い難い。寄託においては、寄託者が所有権を有するとは限らない以上、寄託者以外の第三者が所有権を主張して、受寄者に対して返還請求をすることは想定されるところであり、寄託物の返還の相手方に関する規律は、実務的にも重要な問題となり、判例（最判昭和42年11月17日判時509号63頁）⁽³²⁾は、寄託者が寄託物の所有権を有しない場合に、受寄者が第三者に対して寄託物を任意に引き渡した事案において、寄託者は受寄者に対して、寄託物の価格相当額について損害賠償請求をすることができるとしている。

ここでは、明治民法の制定過程では、寄託物の返還の相手方の規律は解釈によって導かれることを理由に、受寄者の寄託者に対する返還義務が免除される場合についての規定（上述（4）の2項）は削除されたが、これを解釈によって導くのは難しいこと、また、これが実務上も問題になっていることが指摘されている。

このような問題意識の下で議論され、改正が実現したのであるが、その内容は、結果的にはトリフォニヌス説と合致するものとなっている。すなわち、明治民法の起草者がトリフォニヌス法文の存在を知らずにこれと同趣旨の提案をしたのと同様、今回の民法改正でも、おそらくトリフォニヌス法文の存在を知らずにこれと同趣旨の提案がなされ、明治民法では採用されなかったトリフォニヌス説が復活したのである。

7. おわりに

「実定法学における法史学の存在意義について論ぜよ」

これは筆者が大学院を受験した時の「法史学」の試験問題で、出題者は小菅芳太郎先生である。

筆者は小菅先生からローマ法を教わった。小菅先生は、筆者が大学院に入る前も入った後も口癖のように「実定法を勉強しなさい」と言われた。

しばらくして、研究会の懇親会があった。その席上、小菅先生は小山昇先生と五十嵐清先生に、実定法を勉強しなければローマ法を理解することはできないが、その意味で実定法に通じた両先生に研究会に出席していただくのは非常にありがたい、という趣旨のことを言われた。これに対して小山先生は、ローマ法文の読解こそ実定法ではないか、と言われた。この会話はそれで終わってしまい、その後も発言の真意を伺う機会はなかったが、おそらく小菅先生は「実定法」という言葉を法解釈学という意味で、小山先生は法学という意味でお使いになったのではないかと思う。そう考えると、小菅先生と小山先生の発言はいずれも正しい。

大学院の入試問題に話を戻す。この問題について、大学院受験当時はもちろん、現在に至るも筆者に定見はない⁽³³⁾が、今回トリフォニヌス法文を勉強して、次のような感想をもった。すなわち、法文読解を通じて古代ローマ法を分析することは、それ自体が有意義であって、法解釈学に役立つとは限らないし、その必要もないが、実定法の歴史的基礎が明らかになれば、解釈や立法に資することもある、と。

付記

筆者は、2018年3月17日と18日に京都大学で開催された日本ローマ法研究会第一回大会で研究報告をしたが、本稿はその報告に加筆したものである

る。研究会の席上、多くの方から有意義なご意見、ご質問を賜り、その後も若干のコメントをいただいたことから、報告内容を活字にしておくことも無意味ではないと考え、資料の形で本誌に掲載することとした。以上の趣旨から、可能な限り当日の報告を再現しつつ、口頭での報告の性質上、また、時間の制約から省略せざるをえなかった点やご指摘のあった点について補足した。

- (1) Medicus は高学年向けの Vertiefung: BGB für Fortgeschrittene と Übung im Bürgerlichen Recht für Vorgerückte を、Canaris は新入生対象の Grundkurs Zivilrecht I/II を担当した。その他、Thür の Römische Rechtsgeschichte や Nehlsen の Deutsche Rechtsgeschichte など聴講したが、すでに知っていること以外はあまり理解できなかったというのが正直なところである。
- (2) 冬学期の担当は Medicus と Thür で、夏学期は Nörr が加わった。
- (3) 担当は Ries と Bürge で、Nörr も出席していた。
- (4) 担当は Bürge で、Platschek も出席していた。
- (5) この日は D. 41, 2, 1, 3 (Paul. 54 ed.) を検討した。本パウルス法文とゼミの内容については別稿で紹介する予定であるが、さしあたり原田慶吉『ローマ法一改訂一』(有斐閣、1955年) 145頁(以下、本書は著者名と頁数のみで引用する) および拙稿「Franz Horak, Rationes Decidendi, Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo, 1. Band (Aalen, 1969)」『国家学会雑誌』105巻3・4号(1992年) 145頁以下を参照。
- (6) モムゼン版には quos の前に inter を補えとの指示がある。
- (7) モムゼン版には quo を quae に置き換えよとの指示がある。たしかに quo では意味が通じないので、以下ではこの指示に従って訳出した。
- (8) Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler, Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung III, Digesten 11-20, 1999, S. 353, Anm. 2 は D. 16, 3, 1, 39 (Ulp. 30 ed.) を引用する。本ウルピアヌス法文からマルケルスは『法学大全』(digesta) 第6巻で「このことを書いている」ことがわかる。なお、praedo は fur との対比で「強盗」と解する余地もあるが、以下ではドイツ語新訳に従い「悪意の占有者」と訳出した。
- (9) 序項の叙述から、第1項冒頭の文章「ここで別の視点も加わる」が, bona fides に求められる最高の公平 (aequitas summa) を評価する際に、自然法、万民法、市民法、法務官法とは異なる視点も加わる、という意味であることがわかる。
- (10) 寄託と信義則については、古代ローマ法ではなく、ドイツ民法の諸規定が説明された。
- (11) 質疑応答の際、受寄者(S)には被告適格がないのではないかとの指摘があった。たしかに、原田118頁によれば、所有物取戻訴権の被告となるのは「無権限で現に物を占有する者」であり、受寄者はこれに当たらない。しか

し、ゼミではそのような指摘はなく、本文に示した図に即して、EはSに対して所有物取戻訴権をもつと説明された（Sに被告適格があることが前提となっている）。さらに、本法文はいわゆる教室設例ではないかとの指摘があった。とりわけ本法文の続き（第1項の後半）で、盗品を真の所有者に寄託した場合、真の所有者が盗品を寄託者たる盗人に返還した場合など、リアリティに乏しい事例が登場していることから、筆者もこの指摘は正当であると考えが、この点についてもゼミではそのような説明はなかった。

- (12) 原田225頁を参照。
- (13) 船田享二『ローマ法 第五巻』（岩波書店、1972年）164頁以下を参照。
- (14) 原田388頁によれば有責判決は常に金銭判決となるが、本稿はこの点に立ち入らず、単に「物の返還」と表現する。
- (15) 論理的には、Lとの関係では、①EはLに何も請求しない、②窃盗訴権により二倍額の罰金だけを請求する、③所有物取戻訴権または盗の不当利得返還請求権により盗品の返還だけを請求する、④罰金と盗品の返還の両方を請求する、のいずれかである。このうち①は考えにくく（かような善人ないし無気力な人間はローマ法には無縁であろう）、③と④の場合は、盗品がEに戻る結果となるので、盗品は遺憾ながらLに返還されるべきであるとするトリフォニウス説（「盗人はよからぬ手段で得た物を寄託したとはいえ、やはり寄託者に返還されるべきである」）に合致しないように思われる。よって、筆者は②の可能性がもっとも高いと考える。
- (16) 論理的には、①真の所有者がEであることをSが知った時、②Eの請求に応じてSが裁判外で寄託物をEに返還した時、③EがSに対して返還訴訟を提起した時、④この訴訟でSが敗訴した時、のいずれかであるが、訴権あるが故の実体権というローマ法の概念（原田376頁を参照）から見て、筆者は④の可能性がもっとも高いと考える。
- (17) 現行法上、トリフォニウス法文の問題は賃貸借や質などでも生じうる（ゼミでは質物の返還に関する BGHZ, 73, 317 を参照せよとの指示があった）が、本稿では寄託に限定する。
- (18) 我妻栄『債権各論 中巻二（民法講義 V₃）』（岩波書店、1962年）718頁。
- (19) 神戸大学外國法研究会（編）『現代外國法典叢書（18）佛蘭西民法〔V〕財産取得法（4）』（有斐閣、1956年）23頁の訳語を転載した。
- (20) ゼミではフランス民法1938条が挙げられ、Raymond Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code: Du prêt, du dépôt et du séquestre et des contrats aléatoires*, édition augmentée, 1845, p. 197, [7] でもトリフォニウス法文が引用されている。
- (21) フランス民法1938条の制定過程について詳論する余裕はない。今後の課題としたい。
- (22) 我妻栄（編集代表）『旧法令集』（有斐閣、1968年）158頁。
- (23) 旧民法の制定過程についても詳論することはできない。ここでは、フランス民法1938条で規定されていない寄託者の立会が意図的に加えられたこと以外、ほぼフランス民法に従っていることだけを指摘しておく。ボワソナード民法典研究会（編）『ボワソナード氏起稿 再閣修正 民法草案註釈 第三編』（雄松堂、2000年）941頁を参照。
- (24) 『日本近代立法叢書 4 法典調査会 民法議事速記録四』（商事法務研究会、

- 1984年) 764頁 (富井政章の発言)。
- (25) 前掲書 (注24) 764頁 (富井政章の発言)。
- (26) 前掲書 (注24) 763頁。
- (27) 前掲書 (注24) 763頁 (富井政章の発言)。
- (28) 前掲書 (注24) 786頁以下。
- (29) 前掲書 (注24) 764頁 (富井政章の発言)。
- (30) すなわち、明治民法の起草者はトリフォヌス法文を知らずにこれと同趣旨の提案をしているのであるが、この点、フランス民法が (フランス民法を受容した旧民法も同様) トリフォヌス法文を知りつつ意図的にこれを変更したのとは大きな違いがある。
- (31) 法務省のHP (<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900183.html>) から「民法 (債権関係) の改正に関する中間試案のたたき台」(改訂前) をダウンロードし、転載した。
- (32) 事実の概要および判旨は以下のとおりある。A会社は所有権を留保してBに自動車売却した。CはBに無断で自動車をもち出し、B名義でXから金を借り、売渡担保として自動車をXに引渡した。Xは倉庫業者Yに自動車を寄託したが、たまたまY方に自動車が保管されていることを発見したBはこれを持ち去り、Aに返還した。Xは、Yの保管義務違反により寄託物返還義務が履行不能になったとして、Yに填補賠償を請求した。原審がXの請求を棄却したのに対して、Xが上告。最高裁は「受寄者の寄託者に対する寄託物返還義務が受寄者の責に帰すべき事由によって履行不能となった場合には、受寄者は、寄託者が寄託物の所有権を有すると否とを問わず、寄託物の価額に相当する金額を寄託者に対し賠償すべきであり、寄託者が寄託物の所有権を有しない場合でも、寄託者が所有者に対し損害の賠償をした後に初めて受寄者は寄託者に対し賠償責任を負うことになるものではないのが原則であるけれども、本件の如く寄託者が寄託物の所有者でなく、当該寄託物はその真の所有者の手中に帰ったなどの原判決確定の事実関係の場合においては、受寄者の責に帰すべき事由により寄託者に対する寄託物返還義務が履行不能になったとしても、寄託者は、寄託物の価額相当の損害を蒙ったものということとはできないから、寄託者である上告人は受寄者である被上告人に対し寄託物である本件自動車の返還に代る填補賠償、すなわち本件自動車の価額相当の損害賠償請求をなす権利を有しないものといわなければならない旨の原判決の判断は、正当として是認することができる」と判示した。
- (33) ここでは当時よく読んだジュリスト増刊『理論法学の課題—法哲学、法社会学、法史学—』(有斐閣、1971年) だけを掲げておく。